



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Research on
the Status Rights of
the Private Law

揭开身份的面纱

私法上的身份和身份权利研究

尚继征 著

TODAY

| Legal Thinker

◎ 社会观察

三三三

TAD

揭开身份的面纱

中国广告业最权威的行业观察

周静远 著

中国广告界 | 第一观察

Research on
the Status Rights of
the Private Law

揭开身份的面纱

私法上的身份和身份权利研究

尚继征 著



图书在版编目(CIP)数据

揭开身份的面纱:私法上的身份和身份权利研究 /
尚继征著. —北京:法律出版社, 2014. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6765 - 0

I. ①揭… II. ①尚… III. ①身份—研究 IV.
①D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 193209 号

揭开身份的面纱
——私法上的身份和身份权利研究

尚继征 著

责任编辑 韩满春
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2014 年 10 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.625 字数 212 千
印次 2014 年 10 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6765 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

刘凯湘

在我国民法典起草过程中有关的争论与论战所涉及的领域十分宽广,几乎涵括民法体系与民法学说的全部。同时,近一二十年来的民法理论研究也正在向更广泛的知识领域拓展。但是,一个难以否认的事实是:民法中身份法、身份法律关系、身份权等相关领域的研究少有人涉猎。尽管,我们一直在说:民法所规范的对象包括人身关系与财产关系,人身关系又包括人格关系与身份关系,而近年来有关人格关系、人格权等相关领域的研究可谓如火如荼,出现了大量的研究成果,然而与之极不相称的是,身份权方面的研究成果可谓寥若晨星。在不少学者看来,民法中所谓的身份权或者身份关系基本上就是亲属法所规范和解决的问题,而亲属法要么是作为民法的一个组成部分,要么已经相对独立出去,与民法没有什么太大的关系,研究亲属法、继承法(我们一般称之为婚姻家庭法)的学者基本

上不涉及除婚姻家庭法以外的民法问题,包括民法基础理论以及物权、债权等领域,而所称的民法学者则罕有同时研究婚姻家庭法的(这种现象在八十年代至九十年代初期稍有不同,那时的确有少数著名学者在同时研究民法和婚姻家庭法,其中成就显赫者当推北京大学法学院李志敏教授;当然现在也仍然有少数著名民法学者在同时研究婚姻家庭法,包括郭明瑞教授、杨立新教授等,但是他们在婚姻家庭法领域的贡献和学术声望是远逊于民法领域的)。

这种现象至少表明:民法中的身份权和身份法是“不太好惹”的一个领域和话题。

继征在博士论文开题之前与我商谈,他对身份权和身份法有些想法,有些困惑,有些兴趣,想以此作为博士论文的选题,但又担心驾驭不了,更担心是不是“剑走偏锋”,因为这个问题不热门,不新鲜,不国际化,却显保守,陈旧,甚至有些反时代,逆潮流。我跟他说:这些担心很有必要,但是却是可以克服的,而且这个选题的确是很有价值的,它对于整个民事权利体系的构建是十分重要的,而民事权利是整个民法的核心和灵魂。

继征经过反复修改,特别是通过预答辩与毕业答辩时教授们提出的问题和意见而进行的较大篇幅与尺度的修改,使得这篇博士论文能够最终以专著的形式出版。

该书的学术价值不一定很大,但它至少在以下几个方面是做了创新性的学术研究:其一,以历史研究的方法,梳理和揭示了法律上的身份制度包括身份权的历史发展脉络,并在此基础上对一些长期以来形成的所谓通说进行了针对性的辩驳,指出私法上的身份仍然应当受制于民法典的体系化需求而限缩于亲属身份范围之内,现代私法中的身份应当是具有鲜明伦理特征的亲属身份。其二,从理论上和立法技术上阐明了现代私法中身份制度的理论基础和制度特征,指出它具有事实先在性、义务性、平等性、相对性以及伦理性,其内容则包括了亲属身份领域内的配偶

权、亲权、亲属权等权利。其三,对于我国未来民法典中身份权制度的安排提出了立法主张,即亲属身份法应当回归民法典,具体立法技术则宜采序编加小总则的方式来处理,在民法典的体系结构和各编顺序上,坚持采用从人法(包括自然人、法人、亲属法、继承法)再到物法(包括债权法和物权法)的体例和顺序。

继征为学如其为人,拙朴,勤勉,踏实,不急躁,不浮华,不张扬。谚云:慢工出细活。又曰:厚积而薄发。愿继征如是。

是为序。

2014 年盛夏于北大陈明楼 519

目 录

导 论/1

- 一、选题的背景及研究意义/1
- 二、研究的状况以及文献综述/5
- 三、本文的研究方法及难点/8
- 四、本书的结构及主要内容/9

第一章 围绕主体和能力而展开的古代身份/12

第一节 古代罗马“人法”中的身份和

身份权/13

- 一、公私混合的类型化身份——罗马法身份制度之功能解读/18

- 二、自然要素与社会要素并重——罗马法身份之判定要素解读/21

- (一)因出生的事实而形成的血缘关系标准/22

- (二)因性别要素而决定家庭的身份/23

(三)因地域范围而决定的市民身份/24

(四)由某种要式法律行为而取得的
身份/26

三、影响主体能力的身份——罗马法身份
制度之主体性解读/29

(一)拥有完整权利和权力的家父身份/29

(二)处于家父支配权之下的他权人——
“家子”和“奴隶”/32

(三)无任何权利能力的奴隶/33

四、人格变更制度——罗马法上的身份与
主体能力之互动/34

(一)最大人格减等/35

(二)中人格减等/35

(三)最小人格减等/36

(四)名誉身份减等/37

(五)关于身份的奖励/38

第二节 中世纪欧洲法律中的身份和身份权/39

一、中世纪教会法中的民事主体和身份制度/39

(一)教阶制度中的教职等级身份/40

(二)教会法中的婚姻家庭身份/45

二、中世纪世俗法中的民事主体和身份制度/47

(一)依据身份而形成的人身依附关系/47

(二)商人身份与商人法的产生/55

第三节 古代法律中的身份制度的特点及其
成因解析/59

一、古代身份社会的特点/59

(一)古代社会并无人格制度,对主体资格
起决定性作用的是身份/59

- (二)判断身份的基本要素划分复杂,且
具有强烈的人身性质/61
- (三)身份成为维护等级特权的工具/62
- 二、古代身份社会的成因剖析/64
 - (一)团体本位制度的形成需要身份/64
 - (二)义务本位的法律理念需要身份/66
 - (三)体系化的立法思想凸显出将人
类型化的需求/67
 - (四)与农业社会相适应的经济模式之
要求/68

第二章 近代私法中被逐渐限缩的身份/71

第一节 《法国民法典》中的身份和身份权/72

- 一、《法国民法典》中对人和身份的安排/72
 - (一)身份与能力尚未完全分离:体系上
保持了《法学阶梯》模式/72
 - (二)地域身份之保留:将民事权利主体的
范围限定为法国人/74

二、1804年《法国民法典》中的亲属身份 制度/77

- (一)夫妻系上依然保留了夫权的身份
观念/78
- (二)父权倾向依然严重/81

三、《法国民法典》中有关主体和身份规定 之原因解析/83

- (一)重物轻人的立法思想的影响/83
- (二)启蒙思想家的影响/86
- (三)拿破仑个人的影响/87

第二节 《德国民法典》中的身份和身份权/88

一、《德国民法典》制定的历史背景/88

二、《德国民法典》中对人的安排/90

(一) 在体系上实行将主体制度与亲属身份

相分离的潘德克吞体系/90

(二) 权利能力被平等地赋予所有的自然

人,完成了主体与身份的分离/92

二、《德国民法典》中的亲属身份/94

三、德国民法中民事主体制度的缺憾/95

第三章 分化抑或扩张?

——私法社会化过程中的私法身份/99

一、从近代民法到现代民法——民法理论

预设的变迁/101

(一) 平等天平倾斜之一:由抽象到具体/102

(二) 平等天平倾斜之二:由理性人到

伦理人/105

(三) 平等天平倾斜之三:部分民事主体

互换性的丧失/108

二、私法社会化应对方式之比较与评析——

对民法身份扩张说之否定/112

(一) 现有的学术应对思路/112

(二) 学说评价——新身份说之漏洞/119

(三) 私法身份扩张之法理基础否定/124

三、传统私法中身份要素的分化路径分析/131

(一) 针对平等主体年龄、智力健康状况的

差别而产生的民事行为能力制度/131

(二) 从身份到人格的姓名和姓名权/134

(三) 商人不再是身份/139

(四) 地域的身份已经被国籍所取代/142

第四章 身份以及身份权利的理论基础/144

一、私法上身份的含义界定/144

(一) 身份的词源考查/145

(二) 围绕身份含义展开的学术争议详述/148

(三) 身份含义的界定/162

二、私法上的身份权法理分析/165

(一) 身份权的含义界定/165

(二) 身份权的特征/168

三、私法上的身份权之构造/173

(一) 身份权的主体/173

(二) 身份权的客体/175

(三) 身份权的内容/178

第五章 具体身份权/187

一、配偶权/187

(一) 配偶权的含义/188

(二) 配偶权的内容/190

二、亲权/196

(一) 亲权与监护的关系/197

(二) 亲权人的权利/198

(三) 亲权的行使/204

(四) 亲权的消灭/207

三、亲属权/208

第六章 身份和身份权的立法表达和

法律规制/210

一、作为调整对象的“人身关系”之破解/211

(一) 体例之变:从三编制到五编制/212

(二) 历史考查:“人身关系”无据可查/218

二、身份法之位置安排——婚姻家庭法是否

应当回归民法典/220

(一) 总则抑或序编:民法典总则能否

“统帅”亲属编?/220

(二) 身份法回归民法之路:兼论中国的

历史与现实/228

三、未来民法典中的身份关系和身份权之

表达方式设想/236

(一) 用序编加小总则的方式来解决体系

问题/236

(二) 保留关于人法的体系思想/238

(三) 亲属编应置于主体制度之后/240

(四) 继承编置于“人法”和“物法”之间/240

(五) 亲属编的具体结构设想/241

结 论/243

参考文献/245

后 记/261

导 论

一、选题的背景及研究意义

(一)对私法中既有的人身权理论的反思和整理的需要

随着我国改革开放的深入和市场经济的进一步发展,制定一部反映中国社会现实、全面调整市场经济平等主体之间的财产关系和人身关系的民法典已成为当今民法学界乃至法学界的头等大事,而随着《合同法》、《物权法》等基本法律的“零售型”出台,人格权法的制定也已经提上了日程。^①在中国民法典制定和起草的过程中,对于人格以及人格权的讨论可谓如火如荼,各方面的文章和资料都是堆积如山,探讨和论证的范围从私法领域直到公法领域,从单独保护到独立成编的保护……而按照现行理论,同属于民法调整对象中人身权组成部

^① 2002年12月23日,中国人民大学就提出了《中华人民共和国民法典·人格权法编》(草案专家建议稿)。

分的身份权的讨论和研究却显得门庭冷落。

究其原因,可能主要是随着梅因博士“从身份到契约”的重要论断的提出,在法学领域中一边倒地將身份当然等同于“等级、不平等”,是一个过时和落后的概念,身份几近被民法学所抛弃。而人格的相关问题却成为私法领域中的“显学”,因为民法就是人法。这个结论是一个共识,非我辈所独创。^①而欲研究人,人的法律地位则当然是首要的研究内容,于是有关人格与人格权的研究真正呈现出百花齐放、百家争鸣的景象。而实质上同样关乎人的法律地位的私法上的身份和身份权的研究却是门可罗雀。笔者以为,其实,从原始社会开始,人类即按照血缘和地域为基础的世系而划分氏族、繁衍后代,组织社会生产和生活;到古代罗马法上通过身份将人进行区分,以实现庞大的扩张中的国家和社会的有序组织;再到《德国民法典》中通过完善的立法技术构建了法人制度,实现了“非人可人”;再到现代社会中,民法难以涵盖的民事特别法的不断出现,有学者主张“契约已经死亡”,甚至提出了“从契约到身份”的回归的口号,学界对作为法律主体的人的研究却始终没有脱离人格与身份之间的博弈关系。可能存在的问题仅仅在于如何对捉摸不定的身份进行法律上的界定,更何况作为人类社会基本细胞的家庭,始终处于私法的视野之中,是民法的永恒调整领域。因为,“人的本质不是单个人所固有的抽象物,在其现实性上,它是一切社会关系的总和”。^②再者,作为民法体系内部之逻辑关联性基础的法律关系,同样是将抽象的人纳入被法律评价的社会关系之中。不论从何种意义上对“身份”进行界定,我们大概都可以知道身份是人置身于一定的社会关系之中而产生的定位或者位置;也不论对身份含义的界定有多少纷争、多少困难,我们都知道法律上对

① 杨立新:“中华人民共和国民法典·人格权法编(草案专家建议稿)起草说明(上)”,载 <http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=10589>,访问日期:2009年7月28日。

② 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1995年版,第60页。

身份曾经进行过评价,也正在评价。当前我国正在紧锣密鼓地制定和起草民法典中的各个部分以及民法典,对于作为私法组成各个部分的各种权利和制度的理论与立法实践进行反思整理是当务之急,通过本文的工作,将有助于我们反思和整理既有的身份制度的理论与立法实践,也丰富了对于民事主体理论的研究路径,有利于在民法典制定的过程中构建更加和谐、合理的身份制度理论。

(二)对市场经济条件下“私法社会化”浪潮下民法理论之修正的思考

近代民法的基本理念就体现为形式正义,其所追求的最高价值,是法的安定性。由此,近代民法确立了抽象人格的主体制度,将现实世界中丰富多彩、特色各异的自然人和组织体的各种具体情况都抽调了,只剩下一个抽象的人格。20世纪以来,人类社会的政治经济情况发生了翻天覆地的变化,高速发展的科学技术创造了丰富的物质财富,在让人们享受到空前物质文明的同时,也催生了两极分化、贫富悬殊、劳动者与企业家的对立,生产者与消费者的对立,企业事故、交通事故、环境污染、缺陷产品致损等严重的社会问题。作为近代民法基础的两个基本判断即所谓的平等性和互换性出现了变化,出现了私法社会化运动,这就使得现代民法在价值取向上,由取向安定性转变为取向具体案件判决的社会稳定性。^①

现代民法开始从抽象的法律人格向具体的人的转变,从“理性的、意思表示强而智的人向弱而愚的人”的转变^②,于是,学界有学者提出了“民法中的身份扩张理论”,主张赋予传统身份以新的体现经济上的强弱之内涵,通过身份的具体化方式,赋予现代身份以抑强扶弱的功能,以达到应变私法社会化的危机,从而出现了“从契约到身份”的主张。现代私法中的身份能否承担起这样的重任?此种新型的身份能否与亲属身份

^① 梁慧星:“从近代民法到现代民法”,载《律师世界》2002年第5期。

^② [日]星野英一著:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第50页。

相统一?如何统一?民法的本位是否已经从权利本位变迁为社会本位?都有待于——澄清和回答。

(三)为民法典体系中有关身份权利的制度表达作理论上的铺垫

从古希腊肇始经古代罗马直至近代欧洲的法典化运动,体系化思想对法学产生了深远的影响。而中国自晚清编纂民法典以来,就走上了一條借鉴、移植外国民法典,尤其是德国民法的道路。

由德国民典所形成的概念法学的特点在于将大量的彼此不同,而且本身极度复杂的生活事件,以明了的方式予以归类,用清晰易辨的要素加以描述,并赋予其中法律意义上“相同”者以同样的法律效果。^①然而此种方式的缺陷也是非常明显的,因为在法律适用中,严格逻辑意义的涵摄所占比例远少于大家起初所想象的。将各种多样法律重要的生活事件,逐一分配到一个被精细思考出来,由彼此相互排斥而且不会改变的抽屉所构成的体系上,而只要将该当的抽屉抽出,就可以发现该当的事件,这种构想是不可能实现的。一方面,生活事件之间并不具有概念体系所要求的僵硬界限,毋宁常有过渡阶段、混合形式及以新姿态出现的变化。另一方面,生活本身经常带来新的创构,它不是已终结的体系所能预见的。^②现代民法学已经从早期单纯关注逻辑体系的概念(概念法学派),到透视逻辑概念背后的利益冲突(利益法学派),并最终走向了关注民法内在价值的研究路径(评价法学派)的脉络。^③当然,体系依然应当坚持,为今之计,重要的还是恰如其分地运用体系的思维方法,而克服体系化之种种弊端,协助将公平正义普及大地。^④

① [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第316~319页。

② [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第330页。

③ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第430~450页。

④ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第52页。